

Jurist und Staatsbewußtsein

Beiträge der Tagung
„Jurist und Staatsbewußtsein“
der Akademie für Politik und Zeitgeschehen
der Hanns-Seidel-Stiftung

Herausgegeben von
Peter Eisenmann und Bernd Rill

Mit Beiträgen von
Peter Badura, Roman Herzog, Knut Ipsen,
Josef Isensee, Walter Leisner, Walter Weidenkaff,
Thomas Würtenberger

R. v. Decker & C. F. Müller
Heidelberg 1987

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>P. Badura</i>	
Wieviel Interpretation verträgt die Verfassung?	1
<i>R. Herzog</i>	
Der Jurist und seine Verantwortung für das Staatsbewußtsein . . .	15
<i>K. Ipsen</i>	
Rationalität der Rechtsordnung und innerer Friede	23
<i>J. Isensee</i>	
Widerstand und demokratische Normalität	41
<i>W. Leisner</i>	
Das Juristenmonopol in der öffentlichen Verwaltung	53
<i>W. Weidenkaff</i>	
Juristenausbildung und staatsbürgerliches Bewußtsein	69
<i>Th. Würtenberger</i>	
Akzeptanz von Recht und Rechtsfortbildung	79
Autorenverzeichnis	105

Peter Badura

Wieviel Interpretation verträgt die Verfassung?

I. Berechenbarkeit des Rechts ist Voraussetzung der Rechtssicherheit, die Voraussetzung der Autorität des Rechts ist

Die Verfassung „interpretieren“ bedeutet – so würde man meinen –, die Verfassung verstehen und den Inhalt des Verfassungsrechts richtig – juristisch kunstgerecht – auffassen. Warum also sollte es die Verfassung nicht vertragen, interpretiert zu werden? Vielleicht deswegen, weil es Interpreten gibt, die ihr zu viel zumuten, die im Wege der Auslegung etwas zu finden vorgeben, was gar nicht Inhalt des Verfassungsrechts ist? Kann man dann nicht einfach sagen, daß diese Interpreten die Verfassung *unrichtig* interpretieren?

Da nun aber die gestellte Frage lautet: „Wieviel Interpretation verträgt die Verfassung?“, muß angenommen werden, daß die Frage – wie politische und juristische Fragen oft – eine These einschließt. Diese These dürfte etwa so lauten: Gerichte, Staatsrechtler und Interessenten überanstrengen die Verfassung, die nur eine begrenzte rechtliche Leistungsfähigkeit hat, indem sie durch mehr oder weniger interpretatorische Phantasie stets neue, neuartige und *lege artis* nicht begründbare Rechtsfolgen ableiten. Dies jedenfalls dürfte eine Interpretation sein, die das mir gestellte Thema verträgt.

Die These, wie ich sie eben formuliert habe, drückt ein Mißbehagen an der Praxis und Theorie der Verfassungsinterpretation aus, also nicht nur eine Kritik an Einzelfällen. *Eine* Quelle dieser grundsätzlichen Kritik dürfte der – abstrakt betrachtet völlig einleuchtende – Gedanke sein, daß die Berechenbarkeit des Rechts, die Rechtssicherheit, ein rechtsstaatliches Gut ist, das für die Autorität des Rechts ebenso zentral ist wie für den Rechtsverkehr und die Gerichtspraxis. Und auch

die Verfassung, um deren Interpretation es hier geht, ist Recht, gesetztes Recht, Teil der Rechtsordnung.

In der Tat – die Philosophen, Juristen, Politiker unserer Zeit stimmen darin überein, daß die Rechtsidee Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit vom positiven Recht und der Rechtspraxis fordert. Das Recht soll eine mit Dauerhaftigkeit und Unverbrüchlichkeit ausgestattete Friedensordnung sein, eine „verlässliche Verhaltensordnung“. Das ist eine Bedingung der gesetzmäßigen Freiheit, die der Gesetzgeber schafft, ordnet und erhält und die die Verfassung gewährleistet und schützt. Diese „verlässliche Verhaltensordnung“ soll aber nicht nur eine positiv feststehende und berechenbare äußere Richtschnur des Verhaltens sein, sondern auch eine der Einsicht zugängliche Sinnorientierung (*Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 24). Das Recht ist nicht nur eine Sozialtechnik, ein Werkzeug gesellschaftlicher Ordnung, das möglichst genau und zuverlässig bestimmte berechenbare Wirkungen hervorbringt. Strafrecht, Privatrecht, selbst Verwaltungsrecht und Steuerrecht sollen ein vernünftiges und der Einsicht und Billigung zugängliches Rechtsleben ermöglichen. Dieser politische, kulturelle und auch moralische Charakter des Rechts, mit dem das Ziel der Rechtssicherheit zu versöhnen ist, tritt natürlich bei der Verfassung bestimmend zutage.

Die beherrschende Stellung der Verfassung in der Rechtsordnung, der „politische“ Charakter des Verfassungsrechts und die vielfach untechnische, mehrdeutige und programmatische Fassung der Verfassungsnormen rechtfertigen es, daß die Staatsrechtslehre eine besondere Theorie der Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts hervorgebracht hat. Die Eigenart der Verfassung bestimmt auch die Aufgabe und Wirksamkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit und teilt sich damit der hier zu beobachtenden Rechtsbildung durch Präjudizien mit (hierzu und zum Folgenden vgl. meinen Vortrag: Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: *U. Blaurock*, Hrsg., Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, 1985, S. 49/65f.).

Was läßt sich in Kürze über die Verfassung sagen? Die Verfassung ist ein konkreter Gründungs- und Gestaltungsakt für die nationale politische Herrschaft und die positive Rechtsordnung.

Jede Verfassung trägt Züge geschichtlicher und kultureller Einmaligkeit. Die Verfassung bestimmt und begrenzt durch Recht – nicht nur moralisch oder politisch – die Ordnung und Ausübung politischer Herrschaft und öffentlicher Gewalt. Sie ordnet und diszipliniert den politischen Prozeß, die Auseinandersetzung der Gruppen um Macht

und Teilhabe am Sozialprodukt. Mit der verbindlichen oder programmatischen Anerkennung von Staatsaufgaben ist sie ein in die Zukunft gerichteter „Plan“. Die Verfassung nimmt politische und ideologische Vorstellungen in sich auf und verwendet als bewährt oder brauchbar empfundene Rechtsinstitute und Rechtsfiguren. Sie ist zugleich auf eine in vielem erst noch zu schaffende und fortdauernd zu entwickelnde Ordnung gerichtet, die nicht schon durch die verfassungsgebende Dezision entsteht, sondern durch den verfassungsrechtlich gebundenen politischen Prozeß zu leisten ist. Die Verfassung ist daher für das Parteiensystem, die staatsleitende Regierung und das gesetzgebende Parlament eine Schranke, aber auch Auftrag und Leitlinie.

Die materiellen Zielweisungen und Maßstäbe der Verfassung sind im Grundgesetz und in vergleichbaren Verfassungsgesetzen ganz überwiegend in den Grundrechten verkörpert. Hierzu ist schon früh die Einsicht gewonnen worden, daß die Grundrechte als auf Abwehr von Eingriffen der öffentlichen Gewalt gerichtete Freiheiten des einzelnen in ungleich höherem Maße einer juristisch berechenbaren Interpretation zugänglich sind als die seit dem Ende des Ersten Weltkrieges im Vordringen befindlichen Programmsätze oder Sozialrechte, die Staatsaufgaben der Gestaltung und Leistung normieren wollen.

Diese Einsicht ist einer der Gründe, die *Carl Schmitt*, *Ernst Forsthoff* und andere bewogen haben, die Einrichtung eines Verfassungsgerichts ablehnend oder jedenfalls kritisch zu betrachten, zumal wenn es anhand verfassungsrechtlicher Programmsätze zu judizieren hat oder wenn es Grundrechte und andere materielle Verfassungssätze als „Wertentscheidungen ansieht und jurisdiktionell verwirklicht“. Ein verwandter Gedanke dürfte es sein, wenn – von ganz anderen Voraussetzungen her denkend – *Franz Wieacker* das Verfassungsrecht zu den Rechtsgebieten rechnet, in denen die sozialen Interessen- und Wertungskonflikte so evident seien, daß dem System und den Begriffen der Rechtswissenschaft ein maßgebender Einfluß auf die Gesetzgebung kaum zugestanden werde, wo also die Einflußmöglichkeit der Rechtsdogmatik auf die Rechtspraxis beschränkt sei (Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: *Hermeneutik und Dialektik*, Aufsätze II, 1970, S. 311/316). Auch *Larenz* meint, daß die Rechtsprechungsaufgabe des Bundesverfassungsgerichts dieses mit Entscheidungen konfrontieren könnte, die nicht mehr allein mit rechtlichen Erwägungen, sondern nur noch „politisch“, nämlich mit Rücksicht auf das Gemeinwohl und insbesondere die Funktionsfähigkeit des sozialen Rechtsstaates, begründet werden könnten (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983, S. 348 ff.).

Die Verfassung muß im sozialen Rechtsstaat der neuen Aufgabe gerecht werden, die rechtliche Bindung der politischen und administrativen Entscheidungen im Rahmen der staatlichen Lenkungs-, Verteilungs- und Leistungssysteme aufrechtzuerhalten und die grundrechtliche Freiheit auch gegenüber der Steuerung und Zuteilung von Daseinschancen zu wahren. Im Hinblick auf die sozialen Aufgaben ist die Verfassung nicht nur Grenze, sondern auch Auftrag und Richtlinie für die Verwirklichung des Sozialstaats und – je nach der in ihr erfolgten materiellen Regelung – auch ein Plan, der Aufgaben normiert, ein Versuch der Bestimmung der politischen Zukunft durch Leitgedanken und Richtlinien für den politischen Prozeß und die Wirksamkeit des Staates.

Löst man sich von der Vorstellung, daß die Grundrechte als „Abwehrrechte“ nur einen negatorischen Schutz bestimmter „staatsfreier“ Räume der individuellen Freiheit zu sichern haben, und erkennt man an, daß durch die Gewährleistung von Grundrechten auch bestimmte Ordnungsentscheidungen zugunsten einzelner Sachbereiche und Lebenssphären getroffen werden, gewinnen eine Reihe von Grundrechtsvorschriften die Bedeutung sachlicher Richtlinien für die Gesetzgebung. Die überall verhältnismäßig allgemein gehaltenen grundrechtlichen Gewährleistungen lassen dabei der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einen breiten Spielraum.

Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts und – häufig noch weitergehend – die wissenschaftliche Reflexion der Staatsrechtslehre haben den Grundrechten weitläufige und oft sehr subtile sachliche Anforderungen für die Rechtsordnung und die Rechtsanwendung abgewonnen. Die Unvollkommenheiten und die Unvollständigkeiten der Gesetzgebung, gemessen an diesen hochgespannten Anforderungen, sind vielfach durch das Richterrecht der Verfassungsrechtsprechung ausgefüllt worden. Insofern konnten einzelne Grundrechte, z. B. Art. 5 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG, eine die mangelnde oder mangelhafte Gesetzgebung kompensierende kodifikatorische Wirkung entfalten. Die Doktrin des Bundesverfassungsgerichts, wonach alle „wesentlichen“ Regelungen im Grundrechtsbereich durch den Gesetzgeber zu treffen sind, hat diese dem überkommenen Grundrechtsverständnis fremde Bedeutung der Grundrechtsvorschriften verstärkt (*P. Badura*, Staatsrecht, C, RNr. 22).

II. Die Auslegung des Rechts

folgt Grundsätzen, in denen das verfassungsrechtlich
geordnete Verhältnis von gesetzgebender und
richterlicher Gewalt in Erscheinung tritt

Die Auslegung der Verfassung, in der alle diese geschilderten Belange und Facetten zur Geltung kommen, hat eine methodische und eine staatsrechtliche Seite. Der *methodische* Blickwinkel prüft und entwickelt den Weg des Vorgehens, die Kriterien der Inhaltserfassung, die „richtige“ Auslegung der Sprache des Rechts. *Celsus* sagt: „Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.“ Der *staatsrechtliche* Blickwinkel fragt nach Kompetenz und Beurteilungsvermögen des Interpreten, vor allem nach der Aufgabe des Richters und den Grenzen richterlicher Rechtsfindung.

Die Rechtsprechung ist an „Gesetz und Recht“ gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Maßstab der Rechtsprechung ist nicht nur das Gesetz, d. h. die politische Entscheidung der Volksvertretung, sondern auch die Verfassung. Kraft des richterlichen Prüfungsrechts darf und muß der Richter das für seine Entscheidung erhebliche Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen. Die richterliche Auslegung der Verfassung, vor allem die Methode der verfassungsgerichtlichen Interpretation der Verfassung, bestimmt damit zugleich die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetzgeber.

Die Verfassung bestimmt die Aufgabe der gesetzgebenden Gewalt und legt die Kompetenzen zu ihrer Ausübung fest. Sie ordnet das Verfahren der Gesetzgebung und stellt die inhaltlichen Anforderungen an ein verfassungsmäßiges Gesetz auf. Alle diese Elemente des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs heben jedoch den Grundgedanken der parlamentarischen Demokratie nicht auf, daß der Inhalt und der Zeitpunkt für den Erlaß eines bestimmten Gesetzes von der Volksvertretung nach politischen Kriterien der Sachgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit beurteilt werden. In der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zeigt sich eine materielle Grenze der Bindung der gesetzgebenden Gewalt durch die Verfassung, letzten Endes eine Grenze der Leistungsfähigkeit der Verfassung. Zugleich wird damit eine Grenze der verfassungsgerichtlichen Jurisdiktion bezeichnet; denn die verfassungsgerichtliche Beurteilung eines Gesetzes ist nur in dem Maße möglich, als verfassungsrechtliche Kriterien für die Gültigkeit des Gesetzes bestehen. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb stets

erneut hervorgehoben, daß es nicht die Aufgabe habe zu prüfen, ob eine durch den Gesetzgeber gefundene Lösung die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Regelung einer bestimmten Sachfrage sei (*P. Badura*, Staatsrecht, F, RNr. 10).

Die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. Dieser Grundsatz bringt die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes zur Geltung: Das Gesetz sichert die rechtsstaatlichen Anforderungen der Berechenbarkeit des Rechts, der Rechtssicherheit und der grundrechtlichen Freiheit und wahrt die politische Entscheidungsvollmacht und Leitungsaufgabe der parlamentarischen Volksvertretung.

Die Auslegung eines Rechtssatzes bedeutet, den Inhalt der durch Rechtssatz getroffenen Regelung mit Hilfe des Wortlautes, des Normzweckes und der Entstehungsgeschichte des Rechtssatzes allgemein oder im Hinblick auf die Entscheidung eines konkreten Streitfalles festzustellen. Die Auslegung eines Rechtssatzes kann – unter gewissen Vorbehalten – als ein Vorgang des „Verstehens“ der Bedeutung sprachlicher Sätze aufgefaßt werden. Die Sprache des Rechts weist allerdings fast durchgehend eine juristische Kodierung auf, die sich von der Umgangssprache unterscheidet. Das „Verstehen“ des Wortsinnes oder selbst des Normsinnes stellt im Streitfall nur *einen* Schritt im Rahmen der juristischen Argumentation und Begründung dar, welche die Ableitung bestimmter Rechtsfolgen aus dem ausgelegten und angewandten Rechtssatz zu erweisen hat.

Die allgemeine Lehre der juristischen Auslegungskunst, die vor allem in der Privatrechtswissenschaft entwickelt worden ist, ist auch für das Verfassungsgesetz gültig. Die Eigenart des Verfassungsrechts hat jedoch Besonderheiten zur Folge, denen in einer eigenen Theorie der Verfassungsinterpretation nachgegangen wird. Diese Besonderheiten lassen sich bei einer gewissen Vereinfachung in folgenden drei Punkten zusammenfassen. Erstens: Die auf die materielle Inhaltsbestimmung und Bindung staatlicher Tätigkeit gerichteten Teile der Verfassung bedienen sich vielfach solcher Ausdrücke, die einen breiten, politisch umkämpften Bedeutungshorizont haben, wie z. B. „Würde des Menschen“ in Art. 1 Abs. 1 GG, „sozial“ in Art. 20 Abs. 1 GG oder „Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland“ in Art. 21 Abs. 2 GG. Zweitens: Breite Partien des Verfassungsrechts weisen nicht jenen technischen Charakter auf, der sonst für das moderne Gesetzesrecht typisch ist. Häufig werden überkommene Formeln verwendet oder eine als befriedigend empfundene Stilisierung bevorzugt, auch wenn dies der Klarheit und Bestimmtheit der Normie-

rung Abbruch tut. Das gilt z. B. für das Grundrecht, daß alle Menschen „vor dem Gesetz gleich“ sind (Art. 3 Abs. 1 GG), für die Klausel, daß die Abgeordneten „Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“ sind (Art. 38 Abs. 1 GG) und für das „Vertrauen“ oder „Mißtrauen“ der parlamentarischen Volksvertretung im Verhältnis zur Staatsleitung (Art. 67, 68 GG). Drittens: Dadurch, daß die Verfassung, besonders in den Grundrechten, die Gesetzgebung bestimmt und begrenzt und daß die Einhaltung dieser Bindung der Kontrolle durch das Verfassungsgericht unterliegt, tragen die Grundsätze der Verfassungsauslegung zugleich zu der Abmessung der Grenze legislativer Gestaltungsfreiheit und verfassungsrichterlicher Rechtsprechung bei. Standpunkte in der Auseinandersetzung über die Methode der Verfassungsauslegung führen deshalb, soweit sie einen prinzipiellen Charakter haben, auf die Grundfragen des Verfassungsstaates und der parlamentarischen Demokratie.

Eine überzeugende und berechenbare Verfassungsinterpretation muß sich zuerst an den Wortlaut und Sinn der einzelnen Verfassungsvorschriften halten, dabei aber stets die Einheit des Verfassungsgesetzes und den inneren Zusammenhang der verschiedenen verfassungsrechtlichen Regelungen vor Augen haben. Der Auslegungsgedanke der Einheit der Verfassung darf jedoch weder dazu führen, daß die differenzierte Vielgestaltigkeit der Einzelbestimmungen mit Hilfe eines prinzipiell als vorrangig behaupteten Leitgedankens, z. B. des Sozialstaatssatzes oder eines vermeintlichen „Demokratiegebotes“, beiseite geschoben wird, noch mit der Annahme einer „Wertordnung“ als materialer Basis der Verfassung die nachprüfbare Auslegung der einzelnen Verfassungsbestimmungen zu einer Formalität herabsetzen.

Die Verfassung legt bestimmte Grundbedingungen einer gerechten und freien Staatsordnung fest. Sie legt jedoch jenseits dieser Grundbedingungen die Verantwortung für Gerechtigkeit und Freiheit in die Hand der Regierung und der parlamentarischen Volksvertretung. Da es zu den Grundbedingungen des demokratischen Verfassungsstaates gehört, daß die wesentlichen politischen Entscheidungen bei der Bildung und Fortbildung des Rechts durch Gesetz erfolgen müssen, ist die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zugleich ein Leitgedanke für die Verfassungsinterpretation.

Die Verfassung ist keine traditionslose Neubegründung des Staatslebens und der Rechtsordnung. Sie schafft zwar in vielem einen Neubeginn und durchbricht insoweit die Tradition. So hat das Grundgesetz etwa die Stellung der Volksvertretung, des Regierungschefs und des

Staatsoberhauptes grundsätzlich verändert und auch das Verhältnis dieser Verfassungsorgane zueinander wesentlich umgestaltet. Doch führt die Verfassung auch viele überkommene und als bewährt empfundene Grundsätze und Rechtseinrichtungen fort, so daß es für die Verfassungsauslegung erlaubt und geboten ist, diesen historischen Sachzusammenhang zu beachten. Sprache und Begriffswelt des Verfassungsrechts führen eine Fülle von Voraussetzungen mit sich, die der Rechtspraxis und dem „Juristenrecht“ entstammen und deswegen aus einer isolierten Betrachtung des Verfassungsgesetzes allein nicht erkannt werden können. Das gilt etwa für das System der öffentlichen Abgaben (sh. Art. 104a ff. GG), für die verschiedenen Materien der Gesetzgebung (Art. 70ff. GG) und für eine Reihe der grundrechtlichen Gewährleistungen.

Die Entstehungsgeschichte der Verfassung wird häufig Aufschluß darüber geben, welche Gründe für einen bestimmten Wortlaut, eine bestimmte Regelung oder eine bestimmte gesetzestechnische Anordnung von Verfassungsvorschriften maßgebend gewesen sind. Die Entstehungsgeschichte ist jedoch in aller Regel für sich allein kein zuverlässiges Hilfsmittel der Verfassungsauslegung. Die Erklärungen einzelner Mitglieder der verfassungsgebenden Körperschaft können häufig nicht einfach mit einem vermeintlichen „Willen“ des Verfassungsgesetzgebers gleichgesetzt werden; denn dieser kann nicht in dem Sprechen oder Schweigen einzelner Abgeordneter, sondern letzten Endes nur in der Beschlußfassung über das Verfassungsgesetz greifbar werden. Darüber hinaus ist für die Frage, was der Inhalt der Verfassung und ihrer einzelner Bestimmungen heute ist, nicht der „Willen“ des historischen Verfassungsgesetzgebers maßgebend, wie es die „subjektive“ Theorie der Verfassungsauslegung annimmt. Jeder Rechtssatz und auch die Verfassung ist auf dauernde Verwirklichung angelegt und kann dementsprechend nur als eine objektiv zu verstehende Regelung betrachtet werden. Diese Vorstellung, die gewissermaßen auf einen „Willen der Verfassung“ abstellt, ist als „objektive“ Theorie die herrschende Auffassung der Verfassungsinterpretation (*P. Badura*, Staatsrecht, A, RNrn. 14 und 15).

III. Zur Praxis der Verfassungsauslegung

Ausgestattet mit diesem methodischen Rüstzeug können wir jetzt einen Blick auf die verfassungsgerichtliche Praxis werfen. An drei

Beispielgruppen mag die Frage erprobt werden, wieviel Interpretation die Verfassung verträgt.

1. Eine ungewöhnlich erfolgreiche Karriere hat die scheinbar banale Maxime hinter sich, daß alle für die Rechtsstellung des einzelnen „wesentlichen“ Regelungen des Gesetzes bedürfen. Die dadurch hervorgebrachte Doktrin hat wenig Widerspruch gefunden, soweit sie den Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum schärfer als bisher üblich betont. In dieser die Vollmachten der Exekutive beschränkenden Funktion ergibt sich aus der „*Wesentlichkeitstheorie*“, daß Gesetze mit Eingriffswirkung besonderen Anforderungen der inhaltlichen Bestimmtheit genügen müssen, und weiter, daß die grundrechtlich erheblichen Regelungen durch das Gesetz selbst erfolgen müssen, nicht durch eine gesetzliche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen oder Satzungen.

Auch soweit die überkommene Vorstellung des „Eingriffs“ ausgedehnt wurde und nun zu lesen ist als „für die grundrechtlichen Freiheiten und Garantien wesentlich“, wird dieser erweiterte Vorbehalt des Gesetzes einleuchten, etwa für die Schulen oder den Strafvollzug, obwohl hier vielleicht schon des Guten zu viel getan wurde, wenn etwa für Art und Unterrichtsdauer einzelner Schulfächer eine Entscheidung des Gesetzgebers gefordert wurde.

Zweifel an der „*Wesentlichkeitstheorie*“ sollten an dem Punkt erhoben werden, wo mit dieser Maxime die politische Gestaltungsfreiheit von Regierung und Volksvertretung beschränkt und ständig neue Pflichten des Gesetzgebers zur Regelung „wesentlicher“ Fragen statuiert werden. Mit guten Gründen ist z. B. das Bundesverfassungsgericht der Annahme nicht gefolgt, die Stationierung von Raketen im Bundesgebiet oder die Zulassung bestimmter Kerntechnologien bedürfe einer besonderen gesetzlichen Entscheidung. Andererseits dürfte es einleuchten, daß das Bundesverfassungsgericht zu Recht aus der Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks die Notwendigkeit abgeleitet hat, die Grundsätze des Rundfunkorganisationsrechts durch Gesetz zu regeln. Die Wohltat wird allerdings – wie mir scheint – zur Plage, wenn ein rundfunkrechtlich versierter Autor unlängst die „*Wesentlichkeitstheorie*“ für die These in Anspruch genommen hat, Art und Maß der Wirtschaftswerbung im Rundfunk müßten durch Gesetz geregelt werden. Dieser Fall zeigt im übrigen, daß das Hervorrufen des Gesetzgebers abträglich für verfassungsrechtlich garantierte Freiheit oder Autonomie werden kann. Diese Seite der Sache muß auch den neuerdings wieder zahlreicher gewordenen Vorkämpfern einer gesetzlichen Rege-

lung des Arbeitskampfrechts vor Augen gestellt werden. Vor allem aber sollte – jenseits der rechtsstaatlichen Regelungserfordernisse – als Prinzip gelten, daß es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, im Rahmen seiner politischen Gestaltungsfreiheit zu entscheiden, was als „wesentlich“ anzusehen ist.

2. Eine zweite Beispielgruppe kann der „*personalen Grundrechtssicht*“ abgewonnen werden, von der die Auslegung und Anwendung der Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht bestimmt wird, insbesondere bei der Prüfung wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Gesetze. Diese – im Ausgangspunkt ersichtlich von *Dürigs* Kommentierung des Grundgesetzes beeinflusste – menschenrechtliche Grundrechtssicht bemißt Inhalt und Schutzkraft der Grundrechte zuerst nach der Stellung und Gefährdung des Menschen und angesichts der Freiheitsbedrohung, die von der öffentlichen Gewalt und den verschiedenen Trägern sozialer Macht ausgehen kann. Die Grundrechte, auch die Wirtschaftsfreiheiten, dienen danach im Kern der „Sicherung freier Lebensgestaltung“ des einzelnen (*Konrad Hesse*).

Der „personale Grundzug“, auf den das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte festgelegt hat, zeitigt vielgestaltige Folgen für die Verfassungsauslegung. Sie führt zu einem extensiven Schutz der freien Persönlichkeitsentfaltung und der personalen Integrität, wie das im Volkszählungs-Urteil stilisierte Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ bezeugt. Sie führt zu einer deutlichen Zurückhaltung der Normenprüfung bei Gesetzen, die Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftseigentum beschränken oder gestalten, insbesondere wenn das Gesetz eine sozialpolitische oder arbeitsrechtliche Schutzwirkung hat. Im Mitbestimmungs-Urteil z. B. ist die nur abgestufte Schutzkraft der Unternehmensfreiheit und der Vereinigungsfreiheit zugunsten juristischer Personen klar sichtbar geworden. Bei größeren Kapitalgesellschaften trete der „personale Grundzug“ nahezu gänzlich zurück.

Das „Wesen“ der Grundrechte, auf das Art. 19 Abs. 3 GG für die Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen verweist, erscheint in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts als „Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten, das eigene Leben, die Existenz, nach eigenen Entwürfen zu gestalten und über sich selbst zu bestimmen“.

Die „personale“ Grundrechtssicht erweist sich im Bereich der wirtschaftlichen Freiheiten und Garantien als Trittstein für erweiterte sozialstaatliche Eingriffe. Wenn etwa die Berufsfreiheit ihrem

Wesensgehalt nach auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zurückgeführt wird, kommt damit nur eine bestimmte Seite der privatautonomen Handlungsfreiheit und der wirtschaftlichen Wertschöpfung in den vollen Schutz der Grundrechte.

3. Ein letztes Beispiel ist die Auslegungsfigur der „*verfassungsrechtlichen Grundentscheidung*“, mit deren Hilfe das Bundesverfassungsgericht Kriterien für Wertungen und Abwägungen aus der Gesamtschau der Verfassung zu gewinnen hofft. Hier läßt sich in besonderer Schärfe die Frage beleuchten, wie positivistisch richterliche Verfassungsinterpretation sein muß oder sein darf.

In dem Urteil vom 24. April 1985 zum Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetz hat das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung u. a. darauf gestützt, daß der Verfassungsgeber mit den wehrverfassungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere den Art. 12a, 73 Nr. 1, 87a und 115b GG, „eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung“ getroffen habe. Daraus werden Folgerungen für die Befugnis des Gesetzgebers gezogen, die Rechte aus Art. 4 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2 GG im einzelnen auszuformen.

Die abweichende Meinung der Richter *Mahrenholz* und *Böckenförde* hält der Mehrheit des Senats entgegen, der von ihr vertretene „verfassungstheoretisch-dogmatische Ansatz“ leite zu Unrecht aus bundesstaatlichen Kompetenzvorschriften (Art. 73 Nr. 1, 87a GG), bloßen Ermächtigungsnormen (Art. 12a GG) oder Organisationsregelungen (Art. 115b GG) mögliche Begrenzungen und Schranken der Grundrechte her. Das sei eine „unzulässige interpretative Umdeutung dieser Bestimmungen“. Der Verfassungsgeber habe den politischen Willen gehabt, die Grundlagen für eine funktionsfähige Landesverteidigung zu schaffen, und demnach entsprechende Einzelbestimmungen geschaffen. Er habe jedoch nicht eine eigene *normative* Grundentscheidung und ein ihr entsprechendes normatives Prinzip neben die in Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 bis 3 GG bereits vorhandenen gestellt. Durch das Vorgehen des Senats werde im Hinblick auf die Grundrechtsgewährleistung ein sehr breites und unbestimmtes Arsenal möglicher Grundrechtseingriffe geschaffen. Außerdem werde die Geltungskraft verfassungsrechtlicher Grenzfestlegungen für die Ausübung der Staatsgewalt, die in den Grundrechten enthalten sind, nachhaltig verändert. „Die Verfassung verliert so die inhaltliche Bestimmtheit, die es möglich macht, sie auf die ihr unterliegenden Sachverhalte wirklich anzuwenden; sie spiegelt nur die

Spannungslage wider, ohne selbst eine Entscheidungsnorm zu deren Lösung zu enthalten.“ Das anwendbare Recht habe dann seinen Sitz nicht mehr in der Verfassung, „sondern im Abwägungsspruch des Richters“. Die Grundrechte würden zu „Abwägungsgesichtspunkten“, erschienen als ein Interesse des Grundrechtsträgers, dem andere Interessen oder Gesichtspunkte gegenüberstünden. Die Verfassungsbestimmungen würden „zum Abwägungsmaterial richterlicher Entscheidungsfindung“ herabgestuft. „Die vom Verfassungsgesetzgeber normierten Beschränkungen und Grenzen staatlicher Tätigkeit, wie sie gerade in den Grundrechten als Freiheitsrechten zum Ausdruck kommen, begrenzen nicht mehr als solche, nach Maßgabe ihres Schutzbereichs und Gewährleistungsinhalts, die Tätigkeit der hoheitlich handelnden Staatsgewalt; sie relativieren sich vielmehr zu Positionen und Gesichtspunkten eines Prozesses der Abwägung, dessen Kriterien nicht mehr in der Verfassung selbst enthalten sind“ (BVerfGE 69, 1).

Das dissenting vote *Mahrenholz/Böckenförde* hat die Urteilsschelte in die Form eines Richterspiegels gekleidet, die Interpretation der Verfassung auf Kriterien verweisend, die der Richter „in der Verfassung“ suchen soll. Vielleicht wird eine andere Gelegenheit sich bieten, bei der nicht nur gesagt werden muß, wie man es nicht hätte machen sollen.

IV. Was erwarten wir von der Verfassung?

Die bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts gibt – ungeachtet aller Kritik im einzelnen – der Annahme keine Stütze, daß insgesamt oder in einzelnen Streitfällen der Boden einer juristischen Argumentation und Begründung hätte verlassen werden müssen (hierzu und zum Folgenden: *P. Badura*, Präjudizien, aaO., S. 67f.). Sie liefert andererseits reiches Anschauungsmaterial dafür, daß Auslegung und Anwendung der Verfassung inhaltliche und methodische Besonderheiten aufweisen. Die verfassungsrichterliche Rechtsbildung schließt verfassungsergänzende und verfassungsfortbildende Präjudizien ein. Die theoretisch unterscheidbaren Arbeitsweisen der eigentlichen „Anwendung“, der lückenfüllenden Ergänzung und der eigentlichen Weiterbildung des gesetzten Rechts gehen in der verfassungsgerichtlichen Praxis – wie in der Rechtsprechungspraxis überhaupt – nicht selten ununterscheidbar ineinander über. Eine in sich folgerichtige

Doktrin, die Interpretation und Fortbildung der Verfassung einheitlich zu erklären sucht, ist *Konrad Hesses* Lehre von der „Konkretisierung“ oder „Verwirklichung“ der Verfassung (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., 1985), die im Kernpunkt auf der Verfassungslehre *Rudolf Smends* beruht. Ihr methodisches Rüstzeug stammt aus der Hermeneutik. Die Verfassungsinterpretation ist danach an die positive Setzung der Verfassung gebunden, der Inhalt der interpretierten Norm vollendet sich aber im Falle ihrer Mehrdeutigkeit erst in der Auslegung.

Der gegen die Lehre von der „Verwirklichung“ der Verfassung mögliche – und von mir geteilte – Einwand betrifft das mit ihr angestrebte Ziel einer monistischen Deutung der Rechtsbildung, wodurch die Verschiedenartigkeit und Selbständigkeit der Verfassungsgebung, der politischen Entscheidung des Gesetzgebers und der Rechtsprechungsaufgabe des Richters zu kurz kommen kann. Wird die Verfassung als umgreifende und wertsetzende Grundordnung der Rechtsgemeinschaft verstanden, die inhaltlich nur – durch wen auch immer – „konkretisiert“ oder „verwirklicht“ wird, auch in den politischen Entscheidungen des Gesetzgebers, soll durch das Verfassungsgericht das, was als Inhalt der Verfassung (noch) nicht „eindeutig“ ist, unter Einbeziehung der zu ordnenden „Wirklichkeit“ erst bestimmt werden, kann der Maßstab des Richters so weitgehend in seine Disposition gelangen, daß das Gericht zu einer politischen Gewalt wird. Die Gefahr dieser Aufgabenüberschreitung wird begünstigt durch die Lehre „topischer“ Rechtsfindung. Die normative, maßstabgebende Geltung der Verfassungsnorm müßte beim Erfolg einer solchen Lehre in der Kasuistik der Probleme, „Topoi“ und Wertungen versinken.

Demgegenüber sollte an der in der verfassungsstaatlichen Institutionenordnung und Aufgabenverteilung begründeten Selbständigkeit der verfassungsrichterlichen Rechtsbildung festgehalten werden. Auch ein über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen befindendes Verfassungsgericht bleibt im Bereich der Rechtsprechungsaufgabe, wenn seine Tätigkeit als Kontrolle des verfassungsrechtlich nur gebundenen, aber in Ausübung selbständiger Initiative und politischer Gestaltungsfreiheit handelnden Gesetzgebers aufgefaßt wird.